

ASSUNTO: Recurso contra aplicação de multa cominatória

BAHEMA S.A.

Processo CVM RJ-2011-1533

Senhor Superintendente Geral,

Trata-se de recurso interposto, em 03.02.11, pela BAHEMA S.A., registrada na categoria A desde 01.01.10, contra a aplicação de multa cominatória, no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), pelo atraso de 92 (noventa e dois) dias, limitado a 60 dias nos termos do art. 14 da Instrução CVM nº 452/07, no envio do documento **FORM.CADASTRAL/2010**, comunicada por meio do OFÍCIO/CVM/SEP/MC/Nº 17/11, de 12.01.11 (fls.12).

A Companhia apresentou recurso nos seguintes principais termos (fls.01/08):

- a. "preliminarmente, em virtude dos fatos e fundamentos abaixo expostos, solicita seja outorgado ao presente Recurso efeito suspensivo até a publicação da decisão desta Douta Comissão ou, ainda, caso esta outorga não seja possível, solicita a indicação de uma conta corrente – o outro meio – pelo qual possa ser depositado o valor referente à multa de que trata o Ofício até a ciência pela Recorrente da decisão final acerca desta matéria, sem que venha a incorrer em multas e juros";
- b. "a Recorrente está sendo punida, com multa cominatória, no total de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) por não ter enviado à CVM, até 31 de maio de 2010, o Formulário Cadastral/2010, nos termos do inciso I do art. 21 da Instrução CVM nº 480/09 c/c com o art. 14 da Instrução CVM nº 452/07";
- c. "primeiramente, adentrando as razões de direito, vale destacar que trata-se de multa cominatória ordinária pelo descumprimento de obrigação de fornecer informação periódica, nos termos do art. 3º da Instrução CVM nº 452/07 c/c o art. 58 da Instrução CVM nº 480/09";
- d. "dessa forma, reza o art. 3º da Instrução CVM nº 452/07:

‘Art. 3º Verificado o descumprimento de obrigação de fornecer informação periódica, o Superintendente da área responsável fará enviar, nos 5 (cinco) dias úteis seguintes ao término do prazo, comunicação específica, dirigida ao responsável indicado no cadastro do participante junto à CVM, alertando-o de que, a partir da data informada, incidirá a multa ordinária prevista na regulamentação aplicável, devidamente indicada”;

- e. "assim, o art. 3º da Instrução CVM nº 452/07 é claro no sentido de que a comunicação específica e prévia por parte desta comissão ao participante do mercado é peça fundamental antes da fluência da multa, ou seja, se faz requisito indispensável para a aplicação da multa cominatória ordinária";
- f. "ademais, em linha com o art. 26, § 3º da Lei 9.784/99 (que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal) é requisito essencial de uma comunicação desta natureza a segurança quanto à ciência do interessado:

§ 3º A intimação pode ser efetuada por ciência no processo, por via pessoal com aviso de recebimento, por telegrama ou outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado";
- g. "no caso concreto, o procedimento de notificação não foi corretamente observado, posto que o Recorrente não recebeu, em momento algum, qualquer tipo de comunicação por parte da CVM alertando-o para o esgotamento do prazo de envio do Formulário Cadastral, por quaisquer dos meios de comunicação previstos no art. 11 da Instrução CVM nº 452/07, conforme os levantamentos ora realizados pela Recorrente";
- h. "neste sentido, cumpre destacar que o e-mail guilherme@bahepar.com.br cadastrado para contato com esta Comissão é monitorado diariamente por 2 (dois) dos Diretores da Recorrente que tem como rotina arquivar toda e qualquer comunicação da CVM";
- i. "a CVM, em contato telefônico, alegou ter notificado a Recorrente apenas por email, destinado ao endereço eletrônico acima citado, não tendo meios de demonstrar o seu efetivo recebimento. Ocorre que os Diretores da Recorrente não encontram qualquer indício de que tal email efetivamente chegou ao conhecimento deles, não havendo, portanto, segurança e certeza da ciência do interessado";
- j. "sinceramente, caso essa comunicação houvesse sido expedida por esta Comissão e recebida pela Recorrente não haveria razões para a ausência de atendimento imediato à solicitação de envio do Formulário Cadastral de que trata a Instrução CVM nº 480/09, tal como a rotina da empresa em outros casos demonstra, sendo certo que é prática da CVM enviar os avisos também por fax e Correios e, no caso em tela, a informação também não foi recebida por nenhum destes meios";
- k. "neste ponto do presente recurso, cabe analisar o texto integral do artigo 11 da Instrução CVM nº 452/07, com alguns destaques:

‘Art. 11. As comunicações previstas nesta Instrução serão efetuadas:

I - por fax ou meio eletrônico, caso os dados necessários constem do cadastro do participante;

II - por carta, enviada **com aviso de recebimento ou com aviso de recebimento de mão própria**, conforme o caso; ou

III - quando a urgência o requerer, por servidor da CVM, **que certificará a entrega da comunicação**.

§1º As comunicações de que trata o **caput** serão também válidas quando efetuadas por qualquer outro meio **que assegure a ciência do interessado**.

§2º A CVM poderá tornar público o envio das comunicações previstas nesta Instrução a fim de alertar os investidores e agentes de mercado quanto à existência de eventual prática ou atividade irregular";

- l. "vale notar que, diferente dos demais incisos e meios de comunicação citados neste normativo, os meios constantes do inciso I (fax e meio eletrônico) são os únicos que não afirmaram categoricamente a necessidade de assegurar o recebimento. Não obstante, a ausência desta previsão não coloca de lado o que impõe a Lei 9.784 (vide trecho acima transcrito), e os princípios mais básicos do direito pátrio, pelo que a confirmação do recebimento, assegurando a certeza do recebimento pelo interessado é condição essencial, independentemente da referência expressa na norma acima transcrita";

- m. "inclusive, o judiciário já se manifestou no seguinte sentido em casos congêneres, deixando claro que o suposto envio não prova a validade da notificação, carecendo da certeza do recebimento:

EMENTA

'ADMINISTRATIVO. AUTO DE INFRAÇÃO. MULTA POR ATRASO NO PAGAMENTO DE TAXA ANUAL POR HECTARE. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. ART. 26, § 3º DA LEI 9.784/99.

Nulo é o processo administrativo para cobrança de multa que deixa de observar os princípios do contraditório e da ampla defesa. **A simples existência de cópia de notificação expedida, sem o respectivo aviso de recebimento, não tem o condão de conferir certeza quanto à cientificação do interessado e espontaneidade do não exercício de defesa**, consoante parágrafo 3º do art. 26 da Lei 9.784/99'

(g.n) APELAÇÃO CÍVEL Nº 2007.71.00.008782-7/RS";

- n. "assim, dado que a Recorrente não foi notificada nos termos da legislação vigente, a multa não poderia ter começado a fluir";
- o. "mesmo que a questão relativa à notificação para início do prazo de contagem da multa não seja suficiente para desconstituir a multa, o que admite-se apenas por hipótese, cabe lembrar que a Instrução CVM nº 480/09 entrou em vigor em 01 de janeiro de 2010 trazendo consigo inúmeras inovações acerca do registro e emissores de valores mobiliários admitidos à negociação em mercados regulamentados, sendo uma delas a necessidade de envio do documento denominado Formulário Cadastral, nos termos do inciso I do seu art. 21, com o objetivo de manter atualizados os dados cadastrais das companhias abertas";
- p. "deste modo, além da necessidade de atualização do Formulário Cadastral sempre que tiver havido qualquer alteração, no prazo de 7 (sete) dias úteis contados do fato que deu causa à alteração, a Instrução CVM nº480/09 veio impor o envio para as companhias abertas, entre o dia 1º e o dia 31 de maio de cada ano, através de sistema eletrônico que estaria disponível na página da CVM na internet, o Formulário Cadastral devidamente atualizado";
- q. "ocorre que de janeiro a junho de 2010 foram expedidos diversos Ofícios-Circulares com o objetivo de orientar os participantes do mercado acerca da disponibilização do download, preenchimento e envio, tanto do Formulário Cadastral quanto do Formulário de Referência, ao qual se refere o inciso II do art. 21 da Instrução CVM nº 480/09, dadas as dúvidas e dificuldades que o mercado passou para se adaptar a este normativo";
- r. "tais Ofícios-Circulares, em especial o Ofício-Circular/CVM/SEP/nº004/2010, geraram dúvidas para a administração da Recorrente. O mencionado normativo prorrogou o prazo para o envio do Formulário de Referência para 30 de junho de 2010, concomitantemente à disponibilização de uma nova versão de programa para download, contendo, além do Formulário de Referência o Formulário Cadastral que não teria sido enviado tempestivamente";
- s. "isto posto, acreditando que o prazo para envio de ambos os Formulários seria 30 de junho de 2010, a Recorrente, assim que ciente do conteúdo do citado Ofício-Circular, passou dias tentando realizar o download da nova versão do programa 'Empresas.Net', sem muito sucesso";
- t. "neste período, foram realizadas diversas tentativas de contato telefônico com a Central de Atendimento BMF&BOVESPA pelo telefone (11) 2565-5000, bem como através do email: cab@bvmf.com.br, porém, a Recorrente não recebeu nada além de um email resposta informando que o erro de processamento do programa havia sido registrado";
- u. "finalmente, em 23 de junho de 2010, a Recorrente conseguiu efetuar o protocolo do Formulário de Referência. Neste momento, após dias de desgaste ao telefone e via e-mail, na tentativa de obter ajuda para o download do programa 'Empresas.Net' e envio do Formulário, a Recorrente acreditou estar em dia com suas obrigações";
- v. "assim, restou claro que no ano de 2010 não só as empresas, como os responsáveis pela fiscalização e coleta dos documentos estavam passando por um amplo processo de adaptação às novas rotinas e obrigações, o que gerou dificuldades e atrasos de parte a parte";
- w. "diante de todo o exposto, resta evidente a ausência de dolo da Recorrente na falta de envio do Formulário Cadastral, posto que se houvesse a intenção de prejudicar os demais participantes do mercado, esta Douta Comissão ou, ainda, a intenção de omitir alguma informação, a Recorrente não teria envidado seus melhores esforços para o envio do Formulário, conforme demonstrado acima";
- x. "vale ressaltar ainda que terceiros interessados possuem livre acesso às informações cadastrais da Recorrente através de diversos outros documentos disponíveis no sítio eletrônico desta Autarquia ou da própria sociedade, independente do Formulário Cadastral de que trata o inciso I do art. 21 da Instrução CVM nº 480/09";
- y. "deste modo, na medida em que a falta de envio do Formulário Cadastral não trouxe qualquer dano ao mercado, tratando-se apenas de um resultado das dificuldades enfrentadas pela Recorrente, frente à estrutura técnica e de suporte necessária para o recebimento do documento que não era de sua responsabilidade, não há razoabilidade na imputação de multa cominatória no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), no primeiro ano de vigência da obrigação";
- z. "por todo o exposto, a multa ora aplicada merece ser desconstituída, uma vez que foi aplicada de forma contrária aos procedimentos da Instrução CVM nº 452/07 e a Lei 9.784/99, em especial a necessidade de prévia comunicação por meio que assegure a certeza da ciência/recebimento do interessado, sendo que tal comunicação é essencial para o início da contagem do prazo de multa cominatória, prazo este que sem o qual não há valor devido"; e
- aa. "ademais, caso o fato acima não venha a bastar, deve ser levado em conta que: i) as autoridades contribuíram para o não cumprimento da obrigação tempestivamente, em virtude da dificuldade encontrada na instalação do programa 'Empresas.Net' e na obtenção de informações e esclarecimentos relativos ao seu funcionamento; ii) o caráter educativo das multas X o prazo de aprendizado necessário para implantação de novas rotinas e obrigações, que leva a crer na desproporcionalidade da aplicação de uma multa de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) no primeiro ano de vigência da obrigação, quando uma advertência teria o mesmo caráter educativo, sem trazer prejuízos financeiros".

Em 06.05.10, a Companhia encaminhou cópia de e-mail enviado, em 01.09.10, à Central de Atendimento BM&FBOVESPA (CAB) alegando erro no envio de documento pelo Sistema Empresas.Net (fls.09/11).

Entendimento da GEA-3

Inicialmente, cabe destacar que foi encaminhado, à companhia, o OFÍCIO/CVM/SEP/GEA-3/Nº196/11, de 07.02.11, **indeferindo** o pedido de efeito suspensivo do recurso interposto (fls.14/15).

Nos termos do § único do art. 23 da Instrução CVM nº480/09, o emissor deve anualmente, entre os dias 1º e 31 de maio, confirmar que as informações contidas no **FORMULÁRIO CADASTRAL** continuam válidas, sem prejuízo da atualização em até 7 (sete) dias úteis contados do fato que deu causa à alteração.

O Ofício-Circular/CVM/SEP/Nº001/2010, de 19.01.10, no item 6.1, apresentou esclarecimentos acerca do Formulário Cadastral e reiterou o disposto na referida instrução que a confirmação das informações nele contidas deve ser efetuada entre os dias 1º e 31 de maio de cada ano.

O Ofício-Circular/CVM/SEP/Nº002/2010, de 02.03.10, por sua vez, comunicou que o sistema Empresas.net estava disponível para preenchimento e envio do Formulário Cadastral (FC) e esclareceu que a referida confirmação, entre 1º e 31 de maio de cada ano, deveria ser feita mediante o envio do FC com os dados atualizados relativos ao ano de referência.

Cabe destacar, ainda, que, em 31.05.10, foi encaminhada, à Companhia, a comunicação específica prevista no art. 3º da Instrução CVM nº 452/07 (e-mail de alerta), informando que até aquela data não constava o recebimento do FORM.CADASTRAL/2010 e alertando que o documento deve ser encaminhado pelo Sistema Empresas.Net, entre 1º e 31.05 de cada ano (fls.13).

No presente caso, a Companhia somente encaminhou FORM.CADASTRAL/2010 em 31.08.10 (fls.16).

Ademais, cabe ressaltar que:

- a. ao contrário do alegado pela Bahema, a Recorrente foi **sim** notificada nos termos da legislação vigente, uma vez que foi encaminhada, à Companhia, a comunicação específica de que trata o art. 3º da Instrução CVM nº 452/07 (e-mail de alerta – fls.13);
- b. **não** há qualquer previsão, na Instrução CVM nº 452/07, de necessidade de confirmação do recebimento do e-mail de alerta pelo DRI;
- c. o Ofício-Circular/CVM/SEP/Nº004/10 foi emitido em 01.06.10, ou seja, 1 (um) dia após o término do prazo de entrega do Formulário Cadastral que compreendeu o período entre 1º e 31.05.10,
- d. a Companhia confundiu o Formulário Cadastral com o Formulário de Referência, tendo em vista sua alegação de que, em 23.06.10 (vide letra "u" do § 2º, retro), após o envio do Formulário de Referência (via Sistema IPE), acreditou estar em dia com suas obrigações;
- e. o e-mail enviado pela Companhia, à CAB, em 01.09.10, refere-se apenas a erro no envio do Formulário de Referência, uma vez que o Formulário Cadastral foi encaminhado em 31.08.10;
- f. o fato de o atraso na entrega do documento não ter causado dano ao mercado, **não** exime a Companhia de encaminhar, no prazo, o Formulário Cadastral;
- g. a multa não é desproporcional, uma vez que o valor diário está previsto no art. 58 da Instrução CVM nº 480/09. Para o caso de companhias registradas na categoria "A", como a Recorrente, a multa diária é de R\$ 500,00; e
- h. não se deve confundir multa cominatória (prevista no art. 9º, inciso II da Lei nº 6.385/76), com penalidade (prevista no art. 11 da Lei nº 6.385/76).

Assim sendo, a nosso ver, restou comprovado que a multa foi aplicada corretamente, nos termos da Instrução CVM nº 452/07, tendo em vista que: (i) o e-mail de alerta foi enviado em 31.05.10 (fls.13); e (ii) a BAHEMA S.A. somente encaminhou o documento FORM. CADASTRAL/2010 em 31.08.10 (fls.16).

Isto posto, somos pelo indeferimento do recurso apresentado pela BAHEMA S.A., pelo que encaminhamos o presente processo a essa Superintendência Geral, para posterior envio ao Colegiado para deliberação, nos termos do art. 13 da Instrução CVM nº 452/07.

Atenciosamente,

KELLY LEITÃO SANGUINETTI

Analista

De acordo

FERNANDO SOARES VIEIRA

Superintendente de Relações com Empresas